X IV A 3

Libera Università di Camerino

Anno accademico 1912-13

Corso di Diritto romano

Biblioteca della Università Cattolica del S. Cuore

Il Possesso

Lezioni del Prof. Emilio Albertario
raccolte dallo studente G. Castriota

Litografia A. Dal Re e figli
Modena

una di quelle interpolazioni non sfuggite al Pernice e registrate anche nell'ultima edizione del Digesto, curata dal Krüger.

L'opinione dominante, pertanto, è nel vero se si restringe al diritto giustinianeo; ma non è nel vero, se pretende di estendersi anche al diritto classico. Per questo diritto è solidamente fondata la teoria del Büff.

VI

Acquisto del possesso

§ 1

Come rapporto giuridico di mero fatto il possesso non richiede forme per la sua attuazione, nè a rigore si può parlare di acquisto del possesso (adquirere possessionem), bensì di inizio (incipere possidere). Ciò che all'uopo occorre è che siano realizzate le condizioni di fatto necessarie alla sua esistenza, che la giurisprudenza romana, decomponendo la nozione del possesso, ha fissato nei due elementi della possessio corpore e dell'animus possidendi. La regola data da Paolo (l. 3 § 1 D. 41. 2) è: Apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Concordano altri passi dello stesso autore; cioè la l. 8. D. 41. 2; la l. 153 D. 50. 17; Rec. Sent. 5. 2. 1.

La possessio corpore è l'elemento fisico del possesso e la disponibilità materiale della cosa, ma occorre ora determinare meglio che cosa s'intenda per questa disponibilità materiale della cosa, a fine di stabilire quando essa si abbia come realizzata. Il Savigny richiedeva per la possessio corpore, ossia per il verificarsi dell'apprensione, la fisica possibilità di agire direttamente sulla cosa e di escludere ogni azione altrui su di essa. « Il fatto - dice il Savigny - dev'esser tale da porre colui che vuole acquistare il possesso in una posizione siffatta, ch'egli, ed egli solo, possa disporre ad arbitrio della cosa, cioè che possa esercitare la proprietà. »

Questa formula è stata dopo il Savigny commentata anch'essa dalla critica. Come stabilire,

si d... la possibilità di escludere ogni azione altrui sulla cosa? Si richiede forse che il possessore sia più forte di tutti gli altri, ai quali potesse venire in mente di agire sulla cosa? Anche la possibilità di agire immediatamente sulla cosa - si soggiunge - non corrisponde alla realtà e alle fonti romane.

§. 2

La tendenza della critica, principalmente per opera del Ihering e del Randa, più recentemente per opera del Bonfante, è stata quella di porre in rilievo, contro il momento dell'agire materialmente sulla cosa, il comportamento del possessore e dei terzi rispetto ad esso.

Questa critica ha avvertito che la possessio corpore è un fatto fisico, nel senso che conviene, per stabilire la sua esistenza, prendere in considerazioni elementi fisici; ma essa è un fatto che si svolge in grembo alle società umane. Quali siano pertanto i momenti da prendere in considerazione è un punto su cui non la pura logica dei

fatti naturali decide, ma l'apprezzamento sociale. Questo fatto fisico si può dire un fatto sociale in quanto i dati fisici da prendere in considerazione sono posti dalla società. Se l'animus possidendi dipende dalla psicologia del possessore, la possessio corpore dipende, in un certo senso, dalla psicologia sociale.

Il paragone del possesso col matrimonio romano - si avverte - ci può illuminare anche sotto questo aspetto. Anche il matrimonio richiede un elemento materiale, fisico, e un elemento spirituale, morale. Ma è evidente che l'elemento fisico del matrimonio dipende dagli usi sociali e quindi anch'esso diviene un fatto sociale che può essere variamente determinato: dal barbaro che non iscorge unione effettiva se i due non vanno ad abitar la stessa capanna alle civiltà raffinate che fanno vivere i coniugi altolocati in appartamenti diversi e riconoscono la sussistenza di fatto dell'unione dall'honor maritalis.

Per valutare - secondo questa dottrina - quando esteriormente si abbia la possessio, conviene intendere quando nell'opinione comune esteriormente si riconosca il fondarsi di un rapporto di dominazione. E', come fa rilevare il Ihering, all'apparenza della proprietà che bisogna riguardare; e questa apparenza deriva dalla acquiescenza dei terzi, dal giudizio sociale. Nella l. 55 D. 41.1 è fatto un caso interessantissimo di un cinghiale caduto nelle reti disposte dal cacciatore e preso da un terzo. Il terzo ha rubato un cinghiale, che era già divenuto altrui? Il giureconsulto si propone una serie di dubbii, se le reti erano disposte in luogo pubblico o in privato, in luogo proprio od altrui, col permesso o meno del proprietario del luogo altrui, se il cinghiale era ben preso nelle reti o se avrebbe potuto lottando liberarsi, e apparentemente non risponde ad alcuna delle questioni, ma in realtà risponde a tutte concludendo: Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem

pervenit, meus factus sit.

L'in meam potestatem pervenire: ecco che cosa è necessario alla possessio corpore. Ma l'oggetto è pervenuto in mia potestà allorchè l'azione che io, direttamente o indirettamente, ho esercitato su di esso si impone alla coscienza dei terzi.

Ciò posto, il Bonfante conchiude che noi dobbiamo nel concetto della possessio corpore tener presente da un lato il riferimento di questo concetto alla nozione complessiva del possesso, dall'altro la sua valutazione sociale. Sicchè la possessio corpore potrebbe essere definita così « quella qualunque relazione di fatto che nella economia e nella coscienza sociale permette di agire quando si voglia sulla cosa ad esclusione di ogni altro ». Questa definizione introduce nella nozione della possessio corpore un elemento variabile da popolo a popolo, da epoca a epoca. Ma mentre la ricerca di un concetto assoluto urta contro l'irriducibile contraddizione della coscienza romana con la coscienza moderna e si smarrisce nelle contraddizio=

delle fonti stesse, emananti da epoche diverse, quella definizione ci permette di indirizzarci nella ricerca, stabilirne le fasi, e fissare in modo plausibile il risultato ultimo della legislazione giustinianea.

§. 3

Proprio recentissimamente il Riccobono, in due forti studii inseriti, l'uno nella Zeitschrift der Savigny Stiftung, l'altro nei Mélanges Girard, ha reagito energicamente contro questa tendenza della critica promossa dal Ihering e accolta dal Bonfante. Il Riccobono vuol tornare alla definizione della possessio corpore data dal Savigny. Dal grande Maestro in tanto egli diverge, in quanto la definizione della possessio corpore, data dal Savigny, rappresenta, secondo il Riccobono, soltanto il pensiero dei giureconsulti: è appartenente al diritto romano classico, non anche al diritto romano giustinianeo.

§. 4.

A questo proposito è necessario avvertire che i giuristi medioevali hanno creato la così detta teoria della ficta traditio, nella quale ricompresero genericamente i casi in cui la materialità dell'atto di trasmissione del possesso svaniva, cioè le ipotesi della traditio longa manu, della traditio brevi manu e del così detto costituto possessorio. Una sottospecie della ficta traditio era poi costituita dalla traditio simbolica nella quale si ricomprendeva la consegna delle chiavi, l'apposizione dei sigilli, la donazione fatta mediante gli strumenti di compera.

La teoria medievale è stata modernamente confutata dal Savigny e dal Bierman: non c'è un caso nelle nostre fonti - esclama il primo - per il quale bisogni ammettere una apprensione finta!

Essa, secondo il Bonfante, non sarebbe che l'indice di un regresso psicologico sociale manifestatosi nel medio evo, che non scorgeva più la realtà del passaggio del possesso in simili ipotesi. Non fittizie e simboliche - prosegue il Bonfante - ma effetto invece di una evoluzione nella psicologia e nella organizzazione della società moderna sono

D. p. 46.

le tradizioni mediante i titoli rappresentativi (polizze di carico, fedi di deposito, note di pegno), generate dalla pratica dei magazzini di deposito. In questi casi abbiamo oramai vera tradizione, in quanto la cosa è a disposizione del possessore della polizza, il cui possesso è forse più riconosciuto e saldo negli usi che non quello di chi abbia avuto la consegna delle chiavi.

§. 5

Orbene. Il Riccobono insiste nel chiarire che la teoria medievale ha una base legislativa nella compilazione di Giustiniano, sopratutto nella l. 1 C. 7.5.3, che più innanzi considereremo. Secondo il forte romanista è evidente che l'efficacia della tradizione dei titoli d'acquisto per il trasferimento del possesso, e quindi della proprietà, rappresenta una deviazione essenziale nella struttura dell'istituto del possesso. Il possesso come la tradizione sono res facti, che debbono - perciò - manifestarsi con atti reali, in presenza della cosa. La tradizione, quindi, presuppone che colui, che la compie

dimetta la cosa realmente; e di riscontro, che l'acquirente si trovi in grado di averla da quel momento a propria disposizione, mediata o immediata, escludendo qualsiasi altro. Che tale effetto non si ottenga con la semplice consegna dei documenti è - osserva sempre il Riccobono - una costatazione ovvia; poiché allora la tradizione si riduce ad un atto fittizio, riconosciuto efficace a quel fine per norma di legge; la quale, in seguito allo adempimento di certi atti o formalità, considera effettuato il passaggio ad un terzo del potere giuridico ed insieme del potere di fatto sulla cosa. Giustiniano suggerì la frase giusta per tutte codeste figure di tradizione che possono dirsi «iure intellegi fieri». Ma la frase contiene in sé stessa la sua condanna. Dire che a favore di Tizio si è verificata una condizione soltanto formale (ad esempio, consegna del titolo d'acquisto) per cui il diritto lo riconosce come possessore, è cosa irreale; e la irrealtà può divenire una ironia atroce nel caso che un terzo si sia stabilito sul

fondo o nella casa o tenga presso di sè l'oggetto mobile, pronto a respingere con la forza qualsiasi pretesa o ingerenza del possessore simbolico rispetto alla cosa. Il Riccobono conchiude. Si sa che un istituto giuridico può bensì espandersi e modificarsi, ma esso deve pur sempre conservare illesa quella struttura fondamentale, da cui traggono alimento tutte quelle funzioni che esso è chiamato a compiere. La tradizione simbolica annienta tutto questo; ed è quindi la cosa più assurda del mondo.

§. 6

Ma chiarendo la teoria medioevale, il Riccobono è ben lungi dall'accettarla così come essa si è andata formando. Egli avverte che in una revisione critica della materia è necessario distinguere in due gruppi fondamentali le decisioni delle fonti che si sogliono aggregare al corpo della dottrina della <u>ficta traditio</u>, e cioè separare quelle decisioni che contengono l'elemento della <u>praesentia rei</u> dalle altre che siffatto presupposto

non offrono.

Non può sfuggire ad alcuno - continua il Riccobono - che la dottrina della <u>ficta traditio</u> quale si trova esposta nelle opere degli interpreti, costruita su un numero grandi di passi, tra loro diversi, è malferma per un vizio radicale. A nessuno potrebbe venire in mente oggi (supposto che la mente degli scrittori potesse per un momento liberarsi da un pregiudizio secolare che è insito in qualsiasi dottrina tralaticia) di considerare alla stessa stregua l'acquisto del possesso che si compie <u>oculis et affectu</u> o mediante <u>depositio in domo</u>, ovvero <u>appositio custodis</u>, cioè sempre in presenza della cosa, la quale perciò resta da quel momento innanzi a piena disposizione dell'acquirente; e d'altra parte l'acquisto del possesso su servi o cose che si trovano a grande distanza, compiuto soltanto con una dichiarazione in un ufficio amministrativo o con la consegna dei titoli d'acquisto o delle chiavi, fatta dall'alienante. Il buon senso

e la logica più elementare intuiscono tra l'un tipo e l'altro un abisso.

Ora, le decisioni delle fonti, che non offrono il presupposto della *praesentia rei* e affermano avvenuta la tradizione della cosa quantunque nella realtà la tradizione sia mancata, appartengono all'epoca romano-ellenica e giustinianea: non stanno ad indicare la dottrina romana.

§. 7

Per quanto non sia possibile seguire sempre il Riccobono nei suoi scritti citati, tuttavia a me pare di poter affermare che egli ha sorpreso esattamente la differenza esistente in ordine all'acquisto del possesso tra il diritto romano da una parte e il diritto giustinianeo dall'altra. Con ciò non voglio dire - né credo si possa dire - che la teoria svolta anche dal Bonfante sia dalla nuova teoria del Riccobono completamente abbattuta. Le due teorie possono, *fino ad un certo punto*, coesistere insieme.

L'acquisto del possesso, verificantesi con l'*adprehensio oculis et affectu*, o con la *traditio brevi manu*, o con la *traditio longa manu* sta ad indicare pur sempre una maggiore *espansione* e, nel tempo stesso, una certa *spiritualizzazione* dell'acquisto stesso. Il punto, in cui le due teorie non possono coesistere, anzi nettamente si oppongono, riguarda la tradizione del possesso *mediante simboli*, senza la presenza della cosa. È allora la teoria del Riccobono deve, secondo me, essere accolta invece dell'altra.

§. 8.

Conviene ora esaminare un po' dettagliatamente le fonti distinguendo da un lato l'acquisto del possesso delle cose mobili (e tra le mobili le inanimate e le semoventi, in particolare gli schiavi), dall'altro lato i fondi.

Per le cose mobili inanimate la giurisprudenza classica prescinde dall'apprensione materiale. Se la cosa è tale, che nessuno su di essa afferma la sua signoria, vale a dire nella ipotesi

della occupazione, par certo che basti la semplice scoperta; gli oggetti non possono sfuggire e quindi è ragionevole che non si giudichi l'apprensione del senso più materiale, il tatto: è il concetto della inventio, alla quale non contraddice il parlarsi talora (l. 1 § 1 D. 41. 2) di possessionem nancisci per questi oggetti, poichè il dover indurre, da questa espressione, la necessità di un'apprensione corporale è, ben più che una petizione di principio, un errore, dal momento che la possessio corpore senza dubbii prescinde dall'apprensione materiale in altri riguardi. Se la cosa è di altri che vi rinunciò, ossia nell'ipotesi, non della occupatio, bensì della traditio, si esige pure egualmente null'altro se non che esso sia presente: in praesentia, in re praesenti, in conspectus dicono le fonti.

Interessante è all'uopo il testo di Paolo che riferisce la sentenza di Giavoleno:

l. 1 § 21 D. 41. 2: Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit,

videri mihi traditam. Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint......

La presenza è pure accentuata nelle seguenti leggi:

l. 79 D. 46. 3: Pecuniam, quam mihi debes aut aliam rem si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat....

l. 43 § 2 D. 47. 2: Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio si eo absente solutum sit: ceterum si praesente, alia causa est, et furtum fecit.

Se il falso creditore è presente quando il danaro è versato al suo incaricato, si ritiene che lo abbia preso egli stesso e lo abbia toccato:

Disp. 47a

e, siccome ciò è contro la volontà di chi paga (perchè, se conoscesse la verità, non pagherebbe), si ravvisa nel fatto un vero furto.

l. 31 § 1. D. 39.5 = Fr. Vat. 254 (l'ultima parte della legge del Digesto è interpolata): Species extra dotem a matre filiae nomine viro traditas filiae quae praesens fuit donatas et ab ea viro traditas videri respondi nec matrem offensam repetitionem habere.

l. 41 D. 39.6; Paul. 5.11.1: Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum praesente filia genero traditae, donationem (sc. filiae factam) perfecisse videntur.

In tutti questi casi la tradizione materiale manca, eppure la possessio corpore è ugualmente realizzata, in quanto che la cosa si viene a trovare effettivamente nel potere fisico e quindi nella piena disponibilità dell'acquirente. Anzichè una adprehensio tactu et corpore, si ha una adprehensio oculis et affectu: la cosa, di cui si acquista il possesso, non è materialmente toccata, ma è presente: si

trova dinanzi a noi, nel nostro potere.

§ 9

La tradizione materiale manca in altre anche più delicate ipotesi, dove pure i giureconsulti classici riconobbero l'acquisto del possesso. Così nella ipotesi della depositio in domo.

l. 18 § 2 D. 41.2 (Celso): Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit.....

l. 9 § 3 D. 23.3 (Ulpiano): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod ei non tradantur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur.......

L'acquisto del possesso si verifica anche mediante la cosidetta appositio custodis. L'esempio di questo modo d'acquisto del possesso è fatto in una celebre legge, che impensierì tanto l'antica esegesi e richiamò in modo particolare l'attenzione del Savigny

e dell'Alibrandi: del Savigny, il quale cerca di conciliarla con la l. 3 § 1 D. 41. 2; dell'Alibrandi, che nega ogni possibilità di conciliazione.

l. 51 D. 41. 2 (Javolenus libro 5° ex posterioribus Labeonis) Quarundam rerum animo possessionem apisci nos ait Labeo: veluti si acervum lignorum emero et eum venditor tollere me iusserit, simulatque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. idem iuris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. sed videamus inquit, ne haec ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi an et cuilibet iusserim custodia tradatur. in eo puto hanc quaestionem consistere, an etiamsi corpore acervus aut amforae adprehensae non sunt, nihilo minus traditae videantur: nihil video interesse, utrum ipse acervum an mandato meo aliquis custodiat: utrubique animi quodam genere possessio erit aestimanda.

Parimenti la tradizione del possesso si ha per avvenuta, quando il compratore proceda alla segnatura delle travi comperate. È ciò che afferma

Paolo nella l. 15 (14) § 1 D. 18. 6:

Materia empta si furto perisset postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas quas emptor signasset.

In talune circostanze si riconosce dai giureconsulti romani la tradizione in base al marchio apposto alla merce, purchè sia chiaro che il marchio è apposto per affermare la propria signoria, non già per evitare, come nel caso di vino o di olio assaggiato, uno scambio al momento della consegna. Così si conciliano le dichiarazioni a prima vista in conflitto nei testi seguenti:

l. 16 (15) D. 18. 6 (Gaio): Si vina, quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emptori: quod si nihil adfirmavit, emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet.

l. 1 § 2 D. eod. (Ulpiano): Si dolium signatum

sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim, ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

§. 10

La consegna delle chiavi di un magazzeno tiene le veci della merce in esso rinchiusa, se la consegna delle chiavi è fatta nelle vicinanze del magazzeno stesso.

l. 74 D. 18. 1 (Papiniano): Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint: quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim incohabitur.

Questa decisione è conforme a tutte quelle che ammettono l'acquisto del possesso mediante l'adprehensio oculis et affectu: senza bisogno, cioè della tradizione materiale della cosa, a condizione però che la cosa stessa sia presente.

Se non che vi hanno altri testi delle fonti, nei quali la vicinanza del magazzeno non è accennata nè si può presumere, e nei quali arditamente si afferma che la consegna delle chiavi equivale alla tradizione materiale delle merci nel magazzeno rinchiuse.

l. 1. §. 21 D. 41. 2 (Paolo): non est.... corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: [et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint].

l. 9 §. 6 D. 41. 1 (Gaio l. 2° rer. cottid.) = §45 I. 2. 1: Item si quis merces in horreo repositas (Inst: depositas) vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.

l. 9. C. 4. 48 (Imp. Alexander A. Furnilio Iuliano, a. 223): Cum convenit, ut singulae

amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Cum autem universum quod in horreis erat positum venisse uno nummo et claves emptoribus traditas adlegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accedit, ad emptorem pertinet. Haec omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.

Il Bonfante ha già vagamente accennato alla possibilità che il testo di Gaio e di Paolo non siano genuini, perchè gli sembra difficile ammettere che la coscienza romana sia arrivata a tanto. Più recentemente il Riccobono dimostra chiaramente di ritenere che tanto i testi di Gaio e di Paolo, quanto la Costituzione di Alessandro, contengano il frutto di innovazioni giustinianee. Sarebbe, questo, un tipico ca[so] di quella traditio ficta, che nasce nel mon[do]

romano ellenico ed è ignota, invece, al classico diritto romano. Ma lo studio del Riccobono, ancora incompleto, non permette di conoscere la dimostrazione esegetica che intorno a questo importante punto vien data. Secondo me, l'esegesi dei testi, or ora riferiti, sembra decisamente favorevole al Riccobono. Consideriamoli molto rapidamente. Il testo di Paolo è quello, forse, che contiene le tracce di interpolazione più evidenti e più sicure.

l. 1 §. 21 D. 41. 2: non est corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint: [et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint.]

Questo inciso finale ha tutto l'aspetto di una aggiunta giustinianea. Ciò che lo prova in modo chiaro è la considerazione seguente. Paolo in questa legge tende a fissare il principio che si può acquistare il possesso di una Dter

minata cosa anche se non è materialmente appresa (*corpore et tactu*) quando sia presente; quando - cioè - sia almeno appresa, per dir così dai nostri occhi (*oculis et affectu*). Ora, come è mai possibile che Paolo affermasse *a questo proposito* che la consegna delle chiavi di una cantina equivalesse alla consegna del vino in essa contenuto? L'acquisto mediante la consegna delle chiavi non può rappresentare assolutamente una *adprehensio oculis*. È un esempio fuori di posto. Ecco, dunque, che o Paolo - come io ritengo più probabile - non lo facesse addirittura, o - quantomeno - facendolo avvertiva che la consegna delle chiavi doveva farsi presso la cantina: circostanza essenziale, per la quale soltanto la consegna delle chiavi poteva sostituire la consegna delle merci, richiesta con precisione nella l. già riferita da Papiniano (*apud horrea*!)

Anche la costituzione del Codice è, secondo me, gravemente alterata. Qualche alterazione in essa, però non importante per l'indagine

che stiamo facendo, fu già rintracciata in uno studio sottile dell'*Arnò* (Arch. giur., 58). A mio avviso la c. originaria era molto più breve di quel che ora nella compilazione non sia. Nella costituzione si distingue tra vendita di singole anfore di vino per un determinato prezzo e vendita in blocco; tra vendita a misura e vendita non a misura. Ora queste distinzioni è assai poco probabile che facesse l'imperatore Alessandro chiamato a decidere sopra un caso *concreto*. Dato ciò, io ritengo che il nocciolo della c. originaria stia tutto - salvo, anche qui, le alterazioni messe in luce dall'Arnò - nel primo periodo. Tutto il resto della c. da *cum autem universum* in poi, è secondo me interpolato. Gli indizi per ritenere l'interpolazione abbondano. Anzitutto, l'inverosimiglianza che l'imperatore divaghi in ipotesi e non contempli direttamente il caso concreto, oggetto del suo rescritto. Poi, *universum* senza sostantivo (dovrebbe essere *vinum*!) l'*horreum* (magazzeno) impropriamente usato

per indicare la cella vinaria (cantina), l'inseguirsi degli ablativi, cari ai Bizantini (perfecta venditione, vino mutato): più che tutto l'indifferente passaggio dal plurale al singolare (claves emptoribus traditas – damnum ad emptorem pertinet). Quanto al periodo finale «haec omnia etc» non è necessario che io mi soffermi nel rilevare gli indizi della sua origine giustinianea; tanto sono palesi. Il rescritto dell'imperatore Alessandro riguardasse una vendita di vino: l'interrogante non aveva bisogno di sapere quel che accadeva nel caso di vendita di frumento, di olio, o di altre cose simili. L'estensione a questi casi può essere solo di Giustiniano.

Più grave può sembrare il ritenere alterata la l. 9 § 6. D. 41:1 di Gaio riprodotta, anche parola per parola nelle Istituzioni di Giustiniano (§. 45 I. 2.1). In realtà qui bisogna rinunciare alla idea della interpolazione dei due testi: la loro identità attesta la loro genuinità; per dir meglio, attesta che non sono state toccate

dai compilatori (questi, come ha dimostrato il Ferrini, si servirono direttamente delle Res cottidianae, senza attingere al Digesto). Il che non vuole ancora dire che il manoscritto gaiano delle Res cottidianae, a cui i due testi appartengono, non sia stato alterato nell'epoca romano-ellenica. Il testo di Papiniano, la dimostrazione della interpolazione, a cui andarono soggetti il testo di Paolo e la costituzione di Alessandro, bastano secondo me per ritenere che Gaio non potesse dire così genericamente che la consegna delle chiavi di un magazzeno indicasse i sostituisse la consegna delle merci in esso rinchiuse. Data, pertanto, l'impossibilità – da una parte – che i testi di Gaio siano interpolati; l'impossibilità – dall'altra – che i testi come oggi si trovano, appartengano a Gaio, non c'è altra via da seguire, se non pensare che il manoscritto delle Res cottidianae, dal quale i due testi derivano, sia stato nell'epoca romano-ellenica, a questo riguardo, alterato. La cosa non è senza esempi, né può sorprendere oggi in cui da molte parti trapela la vivace attività del periodo romano-ellenico, che

si è sorvolato e trascurato troppo sin qui. Anche la l. 5 §. 6. D. 44. 7 e I. §. 3 I. 4. 5 sono perfettamente corrispondenti e derivati, entrambi, dalle Res cottidianae di Gaio. Orbene, siccome esse contengono un principio non classico come gli studi del Perozzi, del Mitteis, del Messina-Vitrano, dello Schulz hanno dimostrato, siccome d'altra parte è poco verosimile ammettere che i compilatori abbiano potuto correggere così radicalmente il testo direttamente sull'esemplare di Gaio usato poi per redigere le Istituzioni, il Berger ritiene ora che si tratti di una elaborazione post-classica, che i compilatori trovarono già compiuta nel manoscritto che avevano a disposizione.

Possiamo, pertanto, conchiudere che, in ordine alla consegna delle chiavi, il principio classico ci è conservato solamente nel testo di Papiniano e - così come è in questo testo formulato - il principio appare logico e coerente con tutto il sistema delle innovazioni classiche in materia di tradizione. La consegna delle chiavi diventa per se stessa

modo di trasmissione del possesso delle merci soltanto nel diritto romano-ellenico: soltanto in questo diritto essa diventa una tradizione simbolica.

§. 11

Passiamo ora all'acquisto del possesso delle cose semoventi. Quanto agli animali, presi in caccia libera, il rigore era massimo, e si giunse dopo esitazione ad ammettere che non vi è presa di possesso se non vi è apprensione materiale dell'animale cacciato.

l. 5 §. 1 D. 41. 1 (Gaio): Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum fecisse. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus:

quod verius est.

Quanto agli animali presi nelle reti si guarda alle circostanze se queste concorrono a far ritenere che essi siano a nostra disposizione (l. 55 D. 41. 1).

Più larghi si era invece in ordine agli schiavi; i quali, come esseri intelligenti sanno essi stessi la loro destinazione (l. 3 §. 13 D. 41. 2).

§. 12.

Anche in ordine ai fondi si rimette abbastanza dell'antico rigore. Paolo nella l. 3 §. 1 D. 41. 2 così si esprime:

Quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminem velit possidere.

Tuttavia per lo meno l'entrare nel fondo, l'introire, par sempre un requisito ritenuto fermo ed è numerose volte rilevato (l. 78 §. 1 D. 18. 1; l. 12 D. 43. 16).

Si disputa se sia stata applicata ai fondi la così detta traditio longa manu. Il testo fondamentale all'uopo è la l. 18. §. 2 D. 41. 2. (Celso) nella sua seconda parte:

Si venditorem quod emerim deponere in mea domo iusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit: aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi quam si pedem finibus intulissem.

Si è fatto rilevare dai moderni che Celso discorre di un caso molto particolare, della tradizione di un fondo contiguo, che si può considerare come un prolungamento del fondo proprio, e che viene fatta stando precisamente nel proprio fondo: in mea turre. Non è la configurazione tipica e stereotipa del fondo che si mostra dall'altezza di una torre, quasi per dare a divedere che esso è ai confini dell'orizzonte e si apprende oculis et affectu. E coloro, che pensano così, hanno ragione. Però il Bon-

fante fa giustamente notare che, per quanto la specie di Celso sia limitata ai presupposti enunciati, per il diritto giustinianeo in cui la spiritualizzazione in ordine all'acquisto del possesso è andata ben oltre, l'interpretazione tradizionale del testo di Celso si deve ritenere conforme alla mente di Giustiniano.

§. 13

Dobbiamo considerare ora alcune figure generali, mediante le quali si acquista il possesso senza la consegna reale della cosa: figure, già note alla giurisprudenza classica. Sono la traditio brevi manu e il costituto possessorio.

La traditio brevi manu è un'ipotesi in realtà meno grave della traditio longa manu. Si ha la traditio brevi manu quando l'accipiente è già in possesso della cosa, propriamente ha la possessio corpore, la detenzione. Vi era al proposito tra i giureconsulti classici una controversia, e, a quel che sembra, tra le due scuole. I Sabiniani ritenevano che, per trasferirsi il possesso, occorresse un nuovo atto di apprensione, un loco movere

rem, un contrectare; i Proculiani invece ammettevano il passaggio della possessio senza nuovo atto di apprensione, riconoscendo al solito che anche in questa ipotesi solo animo adquiritur possessio o nuda voluntate, sine traditione.

l. 3. §. 3 D. 41. 2 (Paolo): Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio, ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet.

(Il Krüger legge in questo testo Nerva invece di Neratius con una certa verosimiglianza: emendazioni errate propone invece il Kübler).

l. 9. § 5 D. 41. 1 (Gaio) Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa

emptionis apud te esse, tuam efficio.

l. 9 § 9 D. 12.1 (Ulpiano): Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere.

Cfr. anche l. 34 D. 17.1; l. 9 § 1 D. 6.2; l. 62 D. 21.2; l. 68(67) pr. D. 47.2 etc.

Giustiniano segue la teoria più larga dei Proculiani; accolta nelle scuole orientali (Heimb., Bas. 5,451; 520). Fa impressione il vedere dalla parte dei Proculiani non solo Giuliano, ma altresì Gaio. Il Bonfante non sarebbe alieno dal ritenere il testo di Gaio interpolato!

La specie più grave di traditio brevi manu è per il Bonfante la comunione di tutti i beni, in cui si ammette passaggio di possesso e di proprietà senza effettiva tradizione.

l. 1 § 1 D. 17.2: In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur,

l. 2 D. eod. (Gaio) quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.

A proposito di questi testi il Bonfante avverte che in realtà nella comunione di tutti i beni non vi ha nè tradizione nè reale passaggio di possesso. Perchè, nondimeno, il passaggio del possesso sia stato già riconosciuto così agevolmente nel diritto classico, dissimulandosi la grave infrazione ai principii realistici dell'istituto, si spiega, secondo il Bonfante, più che altro storicamente. La societas omnium bonorum soleva in origine costituirsi nella famiglia stessa, alla morte del paterfamilias tra i filiifamilias superstiti, quindi tra persone che la detenzione della cosa avevano già in comune, realizzavano già la possessio corpore, onde nel suo tipo genuino questa ipotesi veniva ad esser riassunta sotto la figura della traditio brevi manu.

Questa ingegnosa spiegazione storica del Bonfante non è tale da superare la difficoltà presentata dai testi. Il Riccobono, a quanto si può arguire dal suo studio tuttora incompleto, sembra ritenere la costru=

zione della *societas omnium bonorum*, così come la troviamo ne' testi ora riferiti, una novità giustinianea, ed io sarei d'avviso che il Riccobono colga nel giusto segno. Sopratutto impressionante per me è la l. 2, appartenente a Gaio, che costituisce un sol periodo con la precedente l. 1§1 di Paolo. Non è improbabile che questa, – come infinite altre leggi brevi, allacciate mediante una semplice virgola a leggi precedenti di altri giureconsulti – sia stata fabbricata dai compilatori. Anche in l. 2 è possibile scorgere la traccia di quella *traditio ficta* che il Riccobono ha studiato e che giustamente cerca di attribuire ai romano-ellenici e ai giustinianei. Il ragionamento « *licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* » ha un forte sapore giustinianeo. Dire tradizione *tacita* è dire tradizione *finta*: è dire insomma, cosa non classica. Si noti del resto, nel testo gaiano l'uso di *specialiter* e di *intervenire*: uso non del tutto ignoto alle fonti classiche e allo stesso Gaio (v. il Vocabolario di Gaio, compilato dallo Zanzucchi), ma particolarmente caro a Giustiniano (v. il Vocabolario di Giustiniano compilato dal Longo).

Ma, anche se non si volesse ritenere l'interpolazione di questi testi, non si potrebbe dire che la *societas omnium bonorum*, così come è regolata nelle nostre fonti, sia una specie della *traditio brevi manu*. Quando essa veniva costituita al di fuori della famiglia, non è possibile pensare che venisse come tale configurata.

§14

Passiamo al *costituto possessorio*. Il costituto possessorio è l'inverso della *traditio brevi manu*. Si chiama con tal nome l'ipotesi, in cui alcuno, invece di operare la tradizione, ossia di rimettere la cosa materialmente nelle mani del nuovo possessore, la ritiene in nome suo, costituendosi in uno di quei rapporti in cui è riconosciuto che non si possiede per sè, ma per altri; per esempio, si mantiene sul fondo a titolo di conduttore. In altri termini il possessore *pro suo* si costituisce possessore *pro alieno*, cioè detentore

e rappresentante dell'altrui possesso.

E' riconosciuta questa figura di tradizione nelle fonti romane? I vecchi romanisti non ne dubitarono. Si disputava solamente, se occorresse una causa determinata, cioè il costituirsi di uno di quei rapporti concreti in cui si possiede pro alieno, ovvero, ed è questa, com'è chiaro l'opinione più radicale, bastasse il dichiararsi possessore in nome d'altri, cioè il costituirsi, per così dire, in astratto rappresentante dell'altrui possesso.

In tempi recenti si è manifestata una viva opposizione, almeno in quanto al riportare ai giuristi romani e al diritto classico l'introduzione del costituto possessorio. Secondo il Kniep, seguito presso noi dal Ferrini, il riconoscimento del costituto possessorio sarebbe opera delle scuole bizantine e dei compilatori. Nel diritto classico l'acquisto del possesso per opera altrui non sarebbe stato altrimenti possibile che quando l'intermediario fosse stato un vero rappresentante, un procurator, mediante il quale sino dal diritto

classico venne ammesso che si potesse acquistare il possesso. Non si tratterebbe, quindi, di profittare per l'acquisto, della larga rappresentanza nella conservazione del possesso, bensì della rappresentanza nell'acquisto stesso, il che porta alla negazione dell'istituto, in quanto esso si confonde precisamente con l'acquisto mediante rappresentante o procurator.

Io credo sia al riguardo da seguire l'opinione del Bonfante (dello stesso avviso sembra anche il Riccobono), il quale ritiene che l'antica dottrina abbia ancora saldo fondamento, vale a dire che il costituto possessorio sia stato riconosciuto sino dal diritto classico, con questo per altro, che esso deve, a parer del Bonfante, nel diritto romano avere sua base in una causa concreta di possessio pro alieno.

Il testo fondamentale addotto a favore del costituto possessorio è la l. 18 pr. D. 41, 2 di Celso: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi

Disp. 50ª

causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est possidere et alieno nomine possidere; nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium.

È questa una legge, la quale propriamente espone il principio teorico del costituto possessorio e stabilisce la netta differenza tra possidere e pro alieno possidere. Pel nostro oggetto il valore del testo è stato infirmato dal Kniep e dal Ferrini a causa della menzione del procurator che è fatta in seguito, onde si è creduto di poter desumere che il passo può aver ricevuto un'espressione più generale, per opera dei compilatori, mentre il giurista classico doveva riferirsi al procurator e all'acquisto mediante rappresentante. È inutile che noi insistiamo su questo passo, tanto più che non si fa che porre il principio. Nota peraltro il Bonfante che il giurista Celso vola, forse ben al di là del costituto possessorio in materia di tradizione, risolvendo con felice motivazione delle

specie delicatissime.

Una l. che ci pone invece la specie concreta e netta del costituto possessorio è la l. 77 D. 6.1: Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistulam et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonam: proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistula mitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

Dicono gli oppositori: la legge di Ulpiano non è d'accordo col diritto vigente all'epoca di Ulpiano circa le donazioni: urta contro la regola rei suae conductio consistere nequit, ed è inesplicabile di fronte ad altre decisioni (si cita la l. 48 D. 41. 2). È notevole – osserva il Ferrini – come la sua esplicazione nel senso di un costituto possessorio venga accentuata dai Bizantini (il Ferrini cita al riguardo lo scolio di Stefano a questa legge). Per questi motivi si ritiene la legge interpolata.

Ciò non pare al Bonfante. Questi avverte che certamente la l., così come è nel diritto giustinianeo, non è d'accordo col diritto classico circa le donazioni, perchè, dato il regime della legge Cincia, la mancipazione era di rigore nelle donazioni di fondi o, in genere, di res mancipi; ma certamente il mancipio dare doveva sopprimersi nella legislazione giustinianea. Non si deve peraltro ritenere, prosegue il Bonfante, che i compilatori abbiano qui operato la cancellazione del mancipio dare, perchè altri elementi inducono piuttosto a supporre che si tratti di un fondo provinciale, che è res nec mancipi, e quindi sarebbe stata soppressa la parola tributarium o stipendiarium come stima il Lenel.

Quanto alla regola rei suae conductio esse non potest, al Bonfante non pare certo violata in questa specie, perchè il proprietario prende in locazione la cosa all'atto stesso in cui questa cessa di esser sua. Se così non fosse, non sarebbe nemmeno ammissibile l'espediente, che noi sappiamo

come fosse comune nel diritto classico, di trasmettere la cosa in proprietà fiduciaria al venditore per costituire una garanzia, ritenendone all'atto stesso il godimento a titolo di precario o di conduzione. Anche la contraddizione con la l. 48 D. 41. 2 è puramente immaginaria.

Se non che, nonostante questa giusta considerazione del Bonfante, io stimo non opportuno il servirsi di questo testo per dimostrare l'esistenza del costituto possessorio nel diritto classico in quanto il testo è stato probabilmente molto rimaneggiato dai giustinianei, come lo dimostrano indizi, che al Kniep ed al Ferrini sfuggirono. La frase centrale, infatti, «posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem veluti per colonum» è gravemente sospetta per più ragioni. Per l'espressione «posse defendi» che è molte volte compilatoria, come recentemente ha affermato il Beseler; sopratutto per l'espressione «in rem ei competere» invece di «actionem in rem ei

competere, che è una schietta forma bizantina (Eisele e Collinet).

Il rinunciare a questo testo, interpolato dai giustinianei per metterlo in armonia con le gravi riforme giustinianee in materia di donazioni, non vuol però dire cedere alle argomentazioni del Kniep e del Ferrini. Vuol dire, piuttosto, che da altri chiari testi l'esistenza del costituto possessorio nel diritto classico è provata senza bisogno di ricorrere ad un testo interpolato, che non potrebbe – data la sua interpolazione, fatta sia pure per altri riguardi – costituire una prova decisiva.

L'argomento in apparenza più grave contro il costituto possessorio nel diritto classico è il seguente. Ancora nell'a. 415, cioè già nell'epoca avanzata del diritto romano-ellenico, l'imperatore Onorio così stabiliva (l. 8 pr. C. th. 8.12):

Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem, quas corporalis traditio fuerit subsecuta sancimus, ne ususfructus exceptio pro traditione possit intellegi.....

Solo nel 417 si ordina per la prima volta il contrario (l. 9 C. th. 8.12):

Legis a nobis paulo ante datae cetera quidem cautio necessaria nobis admodum visa est, sublata vero in donationibus species traditionis, quam olim retentio ususfructus induxerat, non sine magna ratione desiderata est, cum observationem iuris contrahere potius quam propagare debeamus. Ideoque ius pristinum renovamus, ut quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usumfructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse credatur, nec quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in his causis usumfructum retinere quod tradere.

Ora – si obbietta dal Ferrini – se la riserva dell'usufrutto sino all'a. 417 non equivaleva alla tradizione, come si può supporre che equivalesse alla tradizione la conductio che è qualche cosa di meno? Si aggiunga che, mentre la

prima costituzione non è stata accolta nel Codice giustinianeo, salvo l'ultima parte insignificante al riguardo, la seconda è stata ampliata estendendo la riserva dalla donazione alla vendita.

Risponde egregiamente il Bonfante che tutto questo è un artificio storico. La verità è che il principio - che la riserva dell'usufrutto valga come tradizione - è abolito per la prima volta nel 415 allo scopo di evitare inconvenienti ed abusi, il che dimostra che per lo innanzi il principio era anzi usato ed abusato. La costituzione abrogativa poi concerne unicamente le donazioni, ed anche in questa materia si dovette subito, dieci anni dopo, tornare all'antico. Quanto all'interpolazione di Giustiniano nella seconda costituzione, essa non è che una interpolazione formale. L'imperatore Onorio aveva emesso la seconda costituzione per ripristinare il principio in ordine alle donazioni, nelle quali esso era stato abrogato. Giustiniano, non avendo accolto la costituzione abrogativa, si giova dell'altra per esprimere la regola

nella sua generalità. Per tal modo l'argomento storico si ritorce precisamente contro gli avversari.

Finalmente si cita (v. Ferrini, Pandette) la l. 30 § 5 D. 41. 2: Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus.

Adunque - si dice - tanto si era lungi nel diritto classico dall'ammettere il costituto possessorio, che si dichiara espressamente, come il fatto che taluno in qualità di colono voglia stare per noi sul fondo non basta a farci possessori.

Dicendo ciò, si cade in [illegible] equivoco, e sorprende il vedere come vi sia caduto il Ferrini. Il testo parla dell'erede ed ha per scopo di ragionare il principio che l'erede non acquista il possesso con l'adizione, ma occorre la speciale apprensione del possesso: ora, non basta all'uopo che il colono voglia possedere per lui, ma occorre che voglia l'erede [illegible] all'uopo

[illegible]

in rapporto col colono.

Se non che al Bonfante sembra che anche altri testi si possano addurre per l'ammissione del costituto possessorio nel diritto classico. L'uno è la l. 21 § 3 D. 41. 2:

Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.

La reversio ad dominum del possesso per causa della conductio non si può spiegare altrimenti se non col riconoscimento del costituto possessorio.

Inoltre la l. 32 § 1 D. eod.: Si conductor rem vendidit et eam ab emptore conduxit et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

Qui si parla del colono, il quale ha venduto il fondo e vi rimane come colono, prendendo il fondo a locazione dal compratore. Si deve presumere che il nuovo possessore non abbia

appreso la cosa, perchè altrimenti avrebbe spossessato l'antico, come par chiaro che accadrebbe se il colono avesse cessato di pagare la mercede al primo locatore. Ma poichè il colono continua a pagare la mercede ad entrambi, serba il possesso al primo locatore. Solo per questa circostanza non si è operata una interversione del possesso.

l. 15 § 2 D. 2. 8: Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam aut precario debitori concessam.

Il testo parlava originariamente della fiducia. Si dice in esso - come noi sappiamo altrimenti da Gaio - che il fiduciario ha la possessio in quanto gli è stata tradita, o l'ha accordata al debitore a titolo di precario, poichè il precario [illegible] mette una divisione degli effetti della possessio tra due persone. Evidentemente, adunque, la traditio è posta accanto alla costituzione di precario, come [illegible] modo per cui il possesso si trasmette, [illegible]

ne materiale della cosa.

Ni la serie dei testi si potrebbe considerare esaurita.

§. 15

Giunti a questo punto, non bisogna tralasciare una osservazione. La traditio longa manu, la traditio brevi manu, il costituto possessorio sono figure mediante le quali il possesso si acquista anche senza la materiale apprensione della cosa. Appartiene questa terminologia alle fonti romane? Le fonti romane la ignorano. Quel lieve addentellato, che esse presentano per questa terminologia sorta nelle scuole medievali è, per alcune di esse, di tarda origine giustinianea.

La traditio longa manu avrebbe per addentellato un'espressione usata nella l. 79 D. 46. 3: Pecuniam quam mihi debes [aut aliam rem] si in conspectu meo ponere te iubeam, efficitur, ut et tu statim libereris et mea esse incipiat: [nam tum, quod a nullo corporaliter eius rei possessio detinetur, adquisita mihi et quodam modo manu longa tradita existimanda est.]

A me sembra che l'addentellato non sia classico. Tutto l'inciso finale, chiuso tra le parentesi, è secondo me interpolato. Parrà chiaro ad ognuno che le parole precedenti « aut aliam rem » siano compilatorie: nel testo non sono bene a posto e sono, più che imbarazzanti, per il quiresulto superflue. I compilatori, che le hanno inserite nel testo, nella parte finale aggiunta da loro, dimenticano la pecunia e parlano soltanto di res (possessio eius rei!). L'interpolazione è dimostrata anche da altri indizi: nam tum, quodammodo, forme preferite dai compilatori: pesante involuzione del discorso.

L'addentellato della traditio longa manu è, pertanto, giustinianeo.

Altrettanto è da dire per la traditio brevi manu. L'origine del nome è desunta dalla l. 43 § 1 D. 23. 3, la quale d'altronde non ha molto a che vedere con la questione. Riferisco la parte della l. che ci interessa:

....nisi forte sic acceptotulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et a marito datum.

L'interpolazione di questo inciso è sicura, non fosse altro, per la forma nisi forte - tunc enim. Essa è stata più volte dimostrata (Pernice, Albertario).

La terminologia del costituto possessorio è per verità una molto barocca terminologia. L'addentellato, permutato dalla l. 17 § 1 D. 41.2 (ut quisque costituit nolle possidere), è di pochissimo rilievo.

§ 16

Quando ci si allontana dall'apprensione materiale, pare che vi sia stata tra i giuristi una certa oscillazione, non tanto nell'ammettere la possessio, quanto nel ritenere se nelle ipotesi di simil genere non si venga a prescindere dall'elemento corporale, a riconoscere un acquisto del possesso solo animo.

Pro traditis eas haberi, tradita videri, dice Paolo nella l. 2 § 21 D. 41.2 e più apertamente si esprime Labeone, nell'ipotesi di mettere un custode alle merci comperate (l. 51 D. cod). La terminologia « quasi traditio », che si trova nella l. 6 D. 39.5 è secondo me una terminologia interpolata. Non bisogna dimenticare che all'epoca post-classica appartiene l'origine degli istituti costruiti mediante il quasi; così quasi possessio, actio quasi institoria, quasi usufructus etc.

§ 17

Merita speciale considerazione in materia di acquisto del possesso una singolarissima specie, che ha dato gran travaglio agli interpreti, proposta nella l. 1 C. 8.53 (54):

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere (a. 210. È un rescritto degli imperatori Severo e Antonino.

Che la consegna degli stumenti di a[illegible] lesse nel diritto romano a trasmettere il pos[illegible] cosa senza ambagi e senza esitazione, a un di [illegible] come farebbe nel diritto commerciale odierno una polizza di carico o una fede di deposito, cioè uno dei cosidetti titoli di tradizione, è cosa che riesce nuova.

Di qui le varie spiegazioni del testo che si possono riassumere - come il <u>Riccobono</u> ha fatto - in varii gruppi.

1°. Il posto di onore spetta alla dottrina più antica, che fu già dominante tra i <u>glossatori</u> e fu affermata poi dal <u>Savigny</u> con la negazione più energica della figura della tradizione simbolica.

Essa superò agevolmente ogni difficoltà con l'intendere la tradizione dei documenti compiuta in <u>presenza degli schiavi</u>. Così il nostro rescritto si accordava perfettamente con la decisione riferita da Paolo nella l. 1 § 21 D. 41. 2. Siffatto sistema di conciliazione, dominante fino al 1880, è ancor oggi in onore (<u>Scheurl</u>, <u>Böcking</u>, <u>Arndts</u>, <u>Molitor</u>, <u>Maynz</u> etc.; sopratutto <u>Kruza</u>).

2°. Altri scrittori conseguivano lo stesso risultato facendo ricorso al <u>constitutum possessorium</u>. Essi supposero nel testo il possesso trasferito senza che si fosse interrotta la detenzione del donante, il quale da quel momento continuò a tener gli schiavi nel nome e nell'interesse del donatario. E' l'espediente adottato dal <u>Wächter</u>, dal <u>Goldschmidt</u>, dal <u>Leonhard</u>.

3°. In aperto contrasto con le interpretazioni sopra riferite, altri ammisero l'efficacia della tradizione simbolica, per cui i titoli di proprietà rappresentano la cosa stessa e la tradizione viene a compieri essendo la cosa in luogo lontano. Questa dottrina ha rappresentanti tra i <u>Glossatori</u>, e ne ebbe in ogni epoca, specialmente tra gli scrittori più influenti nella pratica (<u>Pothier</u>, <u>Troplong</u>, <u>Thibaut</u>, <u>Vering</u>, <u>Bähr</u>).

4°. Nell'epoca a noi più vicina il progresso negli studi storici e nella dommatica del diritto conferì al testo in esame una importanza ancor maggiore; e via via è prevalsa presso gli scrittori la tendenza ad ammettere una cosa del tutto normale

l'efficacia della consegna dei documenti per il trasferimento del possesso e della proprietà. Tra gli scrittori, però, che seguono questa tendenza, le divergenze sono più che mai notevoli: poiché alcuni ritengono che la decisione rappresenti una norma singolare nella tradizione degli schiavi; altri la limitano ancora alle sole donazioni degli schiavi; mentre, infine, una larga corrente le attribuisce importanza generale, per tutte le cose mobili et immobili (Ihering, Brunner etc.).

5.° Prima del Savigny non si elevò sospetto sulla genuinità del nostro testo; ché il presupposto della presenza degli schiavi si riteneva sottinteso o tutt'al più si addebitava alla imperfetta redazione dei rescritti l'omissione di un elemento di fatto così fondamentale. Ma il Savigny, più tardi, in una nota aggiunta alla 6.a edizione, inclinò a ritenere che il testo avesse subito nel codice inconsiderate mutilazioni da parte di Triboniano; per cui fu uso generale il rescritto, che nella sua redazione originaria applicava una norma di diritto singolare, vigente per

le donazioni dei genitori ai figli, le quali si potevano compiere senza la necessità della tradizione corporale. Questa tesi fu ripresa e svolta dal Baron in maniera del tutto indipendente.

6.° Si ritenne da altri che nel testo originario non potesse mancare la mancipatio, necessaria per il trasferimento del dominio; la quale dovette naturalmente esser soppressa da Triboniano. Questa opinione fu sostenuta con grande vigore dall'Alibrandi, a cui aderirono il Pernice, ed oggi buona parte dei romanisti italiani (Ferrini, Perozzi, Bonfante, Ascoli).

7.° Molti scrittori, infine, hanno considerato la costituzione da un punto di vista tutto particolare. Così il Windscheid dice che la costituzione mira piuttosto a risolvere la questione se il possesso si debba ritenere acquistato mediante il concorso della volontà del possessore attuale.

Il Klein disse la decisione determinata dalla teoria di Proculo e Celso, che ammettevano l'acquisto del possesso animo senza la presenza della cosa:

la qual dottrina secondo il Klein fu adottata rispetto ai mobili nel secolo 3°, e contradetta di poi da Papiniano e Paolo.

L'Exner considerò la decisione come un esempio particolarissimo di trapasso della proprietà per tradizione simbolica, ma senza acquisto del possesso.

Il Rudorff precorse in certa maniera il Brunner, e vide nel rescritto applicato l'uso del diritto più recente, in cui la disposizione dei documenti di prova equivale a disposizione del diritto che essi rappresentano.

Il Ferrini, che pure ammette l'interpolazione sospettata dall'Alibrandi, non arrivò a formarsi una opinione - concluse che i compilatori difficilmente ebbero un'idea chiara della cosa.

L'Hirsch qualifica il rescritto come un tentativo rimasto deserto, e quindi la decisione sarebbe per il diritto romano irrilevante.

E' superfluo dimostrare l'infondatezza di tutte queste opinioni. Una critica generale ne è già stata fatta in modo egregio dal Riccobono. Il quale

ha avvertito che intorno al famoso rescritto si è costruito un castello di congetture, che l'opera di tante generazioni di dotti ha innalzato sempre più alto, su basi di creta. L'opinione che potrebbe sembrare più seducente, sarebbe quella dell'Alibrandi: la sostituzione della traditio alla mancipatio è, in molti casi, una interpolazione di prammatica. Ma fa acutamente rilevare il Riccobono che, se il rescritto avesse parlato di mancipatio avrebbe dovuto accennare alla presenza degli schiavi (cfr. Fr. Vat. 264). E si avrebbe, così, lo strano risultato che il rescritto porterebbe la menzione di tutto quello che non serve alla decisione ed ometterebbe i presupposti su cui la medesima poggia. La prova l'abbiamo dal Pernice, il quale recensendo l'opera dell'Alibrandi, aderiva all'opinione del grande italiano, e credette in nota di poterla completare proponendo una ricostruzione del tenore seguente:

Servis donationis causa mancipatis, emptionumque instrumentis traditis, et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis.

. Ne deriva - ripeto - un risultato strano perché presupponendo la mancipatio la presenza degli schiavi, la tradizione dei titoli non può avere funzione alcuna!

Ultimamente il Riccobono dichiarò che il rescritto dovette essere indubbiamente interpolato e che la sua forma originaria dovette essere con ogni verosimiglianza la seguente:

Emptionum mancipiorum instrumentis (a patre tibi) donatis et traditis, (frustra) et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis; et ideo (non) potes adversus eum (in rem actionem) exercere.

I ritocchi, che avrebbe subito il testo, sarebbero adunque stati lievissimi, per quanto gravi negli effetti.

Io non oserei affermare con tranquillità che la ricostruzione, del resto molto felice, del Riccobono sia veramente sicura. Pur non discendendo ad osservazioni più dettagliate, mi limito ad avvertire che l'intercalazione delle parole donationem et pri-

ma di traditionem, richiesta dall'euritmia del rescritto, e fondata anche su qualche manoscritto del Codice, sembra assai poco probabile in quanto le omettono i Basilici. Però, per quanti dubbi possa lasciare la ricostruzione del testo (il ricostruire i testi classici è, molte volte, impresa disperata e sempre assai pericolosa), il punto di partenza, da cui mosse il Riccobono è, a mio avviso il giusto. L'interrogante eccitava il rescritto imperiale a proposito di una norma vigente nelle provincie dell'impero, particolarmente in quelle che avevano subito l'influenza ellenica, per la quale la tradizione dei titoli d'acquisto degli schiavi stessi, e l'imperatore doveva decidere affermando il principio romano che disconosceva quella norma, che aveva della tradizione un concetto realistico, non un concetto simbolico. Siccome la tradizione mediante i documenti di acquisto è un uso che all'epoca del basso impero si insinua in Oriente (e - forse però più tardi - in Occidente), Giustiniano capovolge il rescritto imperiale facendo per l'appunto diventare norma di diritto quell'uso provinciale che l'interro-

gante sottoponeva alla considerazione dell'imperatore e che l'imperatore respingeva, in quanto contrastava coi principii romani in ordine all'acquisto del possesso. Conchiudendo, il testo è alterato; ma non è stato alterato incosciamente, come pare supporre il Ferrini. Dobbiamo considerare effettivamente il caso come una evoluzione propria del diritto giustinianeo.

§. 18

L'animus possidendi, su cui si impernia la teoria del possesso, essendo un elemento volitivo richiede per la sua attuazione la capacità di volere di agire. Il furioso non può acquistare il possesso come non lo possono le persone giuridice, l'eredità giacente, l'infante.

Quanto all'infante, però esistono testi, i quali ammettono che egli possa acquistare il possesso mediante l'auctoritas tutoris.

In ordine al pupillo infantia maior lo stato dei testi, accolti nella compilazione, è tale che ha fatto sorgere le più varie e contradditorie teorie.

Crede il Bonfante che per diritto classico l'auctoritas tutoris fosse necessaria all'acquisto del possesso fatto direttamente dal pupillo di qualunque età e che la contraria opinione di Ofilio e di Nerva abbia trionfato solamente con Giustiniano. All'opinione del Bonfante si contrappone quella del Perozzi il quale ritiene che nel diritto classico gli impuberi infantia maiores potessero prendere il possesso senza l'auctoritas del tutore, mentre gli infanti, salvo la disposizione eccezionale contenuta in una costituzione di Decio, non potevano acquistarlo essendo per loro impossibile l'interpolazione dell'auctoritas tutoris. Col Perozzi è, fino ad un certo punto d'accordo anche il Solazzi, il quanto anch'egli ritiene che gli impuberi infantia maiores non abbisognano già nel diritto classico dell'auctoritas tutoris per l'acquisto del possesso. Dall'opinione del Perozzi il Solazzi dissente, in quanto egli ritiene classico l'acquisto del possesso, fatto dall'infante tutore auctore. Il Pacchioni, invece, che, come il Perozzi, attribuisce al diritto giu

stimiamo la strana innovazione che l'infante potesse acquistare il possesso che il diritto classico esigesse l'auctoritas tutoris per l'acquisto del possesso fatto dall'impubere infantia maior. L'opinione più singolare di tutte ha sostenuto il Riccobono, il quale ritiene che i giureconsulti, dove trattano della capacità dell'impubere di acquistare il possesso sine tutoris auctoritate o l'ammettono, si riferiscono unicamente al possesso interdittale.

Senza discendere alla valutazione e alla confutazione di ogni singola opinione esposta, io esporrò e dimostrerò direttamente l'opinione mia. L'esegesi dei testi che hanno importanza a questo riguardo, è stata, in parte, già fatta: ma è stata un'esegesi rapida e non completa. Il tema è stato semplicemente sfiorato, non mai veramente approfondito. Lo stesso Perozzi che ha secondo me con una delle sue ardite intuizioni intraveduto giustamente – per quanto con qualche lieve esitazione – la dottrina classica intorno a questo punto, s'affretta a dichiarare che le fonti circa

a questa questione sono ridotte dai compilatori in una condizione da cui è difficile trarre una conclusione positiva.

Questa conclusione è, secondo me, possibile. Per arrivare ad essa consideriamo ex novo attentamente i testi che trattano dell'acquisto del possesso fatto dall'infante e dall'impubere infantia maior.

§ 19

Consideriamo il caso dell'infante.

Che l'infante nel diritto classico non potesse acquistare il possesso neppure con l'intervento dell'auctoritas tutoris risulta già per via indiretta col constatare che per fare acquistare il possesso all'infante la giurisprudenza romana dovette ricorrere a quell'espediente escogitato per fare acquistare il possesso al furioso, all'eredità giacente, alle persone giuridiche. L'espediente regolare, costante, escogitato per questi casi – in cui non era altrimenti possibile l'acquisto del possesso – era quello di far sì che il possesso venisse acquistato

dal servo <u>ex causa peculiari</u>.

L'infante è ricordato quasi sempre, a questo riguardo, accanto al furioso.

L. 14.5 D. 41.2 (Paolo): ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt.

L. 32 D. eod (Paolo): item infans peculiari nomine per servum possidere potest.

L. 28 D. 41.3 (Pomponio): Si servo furiosi vel infantis res tradita sit, usu per eum eas personas capere posse constat. (In quest'ultima l. è stata omessa, come vedremo, la menzione della <u>causa peculiaris</u>.

L. 26 C. 8.53 = Th. 8.12.2 (Costantino, a. 316):

Si quis in emancipatum minorem, priusquam fari possit aut habere rei quae sibi donatur adfectum, fundum crediderit conferendum, omne ius compleat instrumentis ante praemissis. <u>Quod per eum servum</u>, <u>quem idoneum esse constiterit</u>, <u>transigi placuit ut per eum infanti adquiratur</u>.

Ma la prova diretta che l'infante non potesse acquistare il possesso anche <u>tutore auctore</u> è data dal fatto che l'<u>auctoritas tutoris</u> nelle fonti (cfr. ad esempio, § 10 Ist. 3.19) si riferisce costantemente al pupillo che ha superato l'età dell'infanzia, <u>come del resto vuole la logica</u>, perchè essa non è destinata a supplire, bensì ad <u>integrare</u> la volontà del pupillo.

I due testi, d'altronde, i quali ammettono che l'infante possa acquistare il possesso, sono interpolati. Occorre, adesso, farne una abbastanza minuta esegesi: occorre, insomma, confermare e avvalorare i rilievi che intorno ad essi sono stati fatti finora. Uno è la l. 3 C. 7.32 (Imp. Decius A. Rufo, a. 250): Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri.

Il Perozzi, pur negando che l'infante potesse anche tutore auctore acquistare il possesso nell'epoca classica, riconobbe in questo testo una disposizione eccezionale: la qualifica «una disposizione, su cui si è molto discusso e molto si discuterà per mettere in essa una logica, di cui manca.» Nel suo primo studio sulla tradizione il Perozzi affacciò l'ipotesi che alcuni giuristi avessero preferito, lasciando da parte il requisito dell'auctoritas assurdo per l'atto di un infante, riconoscere che il bambino acquistasse il possesso col solo corpo. E all'avviso di costoro avrebbe aderito l'imperatore nel rescritto di cui ci occupiamo. A quest'ultima congettura del Perozzi si avvicinarono coloro, i quali intendono che il rescritto abbia approvato l'apprensione dell'infante da solo quante volte si tratti di donazioni solite a farsi ai fanciulli (giocattoli, dolci, monete, ecc.); così, ad es. pensa il Cornil.

L'imbarazzo più grave, che il rescritto dà, consiste non tanto nel dichiarare che l'infante può acquistare il possesso, quanto nel lasciar intendere che l'infante può acquistarlo anche senza l'auctoritas

tutoris. La cosa sorprende in modo tale, che parecchi scrittori (Cuiacii, Donello, Savigny, Vangerow, Bellavite) ritengono che l'intervento del tutore sia presupposto.

A questa interpretazione un'altra ne contrappone l'Alibrandi avvertendo che il responso di Papiniano citato dall'imperatore dovrebbe intendersi nel senso che egli negasse potersi acquistare il possesso all'infante per mezzo del tutore, e sia stato torto al significato opposto dai compilatori, i quali hanno interpolato il rescritto di Decio.

Recentemente il Solazzi, ritornando alla vecchia interpretazione del Savigny ritiene che con l'espressione «infanti vacua possessio tradita» si intenda una tradizione ricevuta dall'infante con l'auctoritas del tutore, e con l'altra «per tutorem adquiri» si intenda l'acquisto a mezzo del tutore che rappresenta l'infante. Se non che, nel propor ciò, il Solazzi è tormentato da forti dubbi. Egli insiste nell'avvertire che per ora non è possibile approdare a un porto sicuro e che, almeno per quanto riguarda la rappresentanza del tutore in diritto classico, è giocoforza

prescindere dall'oscurissimo rescritto di Decio.

A me il rescritto sembra profondamente alterato e l'ipotesi dell'Alibrandi, perciò, sembra accettabile.

L'accenno alla disparità delle opinioni (quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius etc.) è assai più proprio di Giustiniano che non di Decio. Anche il modo col quale si taglia quella disparità (consultius videri) è di quelli che rivelano la mano dei compilatori. La frase « [illegible] plenus non fuisset adfectus », ritenuta compilatoria ora anche dal Kniep, dice cosa inesatta, perchè non è vero che l'infante non abbia il plenus adfectus animi: egli non ne ha addirittura. La parola interim, poi, ha un significato che è stato oggetto di lunghe dispute e una collocazione che non si spiega. Il ragionamento finale è, inoltre, sicuramente compilatorio, perchè - come vedremo - l'acquisto del possesso al pupillo per mezzo del tutore è una chiara innovazione giustinianea.

Ciò stante il rescritto imperiale deve essere sostanzialmente ricostruito così:

Donatarum rerum vacua possessio, ne quidem per tutorem, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, infanti poterit adquiri.

Ma come intendere il rescritto nel diritto giustinianeo, dopo le modificazioni introdotte in esso dai compilatori? Quando noi siamo messi nell'avviso che un testo è interpolato, non dobbiamo chiedere troppo alla lettera del testo, chè il lavoro di adattamento e di fusione del vecchio col nuovo la rende spesso poco precisa e poco certa, qualche volta anche molto oscura. Bisogna intendere il testo in armonia cogli altri, non considerarli come se fosse il solo. Quando ciò si tenga presente, si vedrà che la vecchia interpretazione suggerita dal Cuiacio, difesa poi dal Savigny, è per il diritto giustinianeo, quella che deve essere sostenuta con esclusione di tutte le altre. Neppure Giustiniano arrivò a fissare il principio che l'infante acquista il possesso anche senza l'auctoritas tutoris: egli voleva arrivare qui come altrove, solamente a fissare il principio che egli lo acquista tutore auctore, innovando a questo riguardo la dottrina classica che negava.

Vediamo ora la l. 32 § 2 D. 41.2 (Paolo): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. item infans peculiari nomine per servum possideri potest.

Questa legge è già stata ritenuta alterata dal Pacchioni, il quale inserisce un non dinanzi a potest e cancella dal testo classico la motivazione: nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. Obbietta il Solazzi che questo non basta, perchè bisognerebbe altresì provare l'origine bizantina del periodo:

«utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem»,

il quale allo stile si palesa classico.

Ora a questo proposito a me pare si possa fare un'osservazione importante. A chi ben guardi, il testo risulterà mal composto. Comincia a parlare

dell'infante, poi parla dell'impubere infantia maior, infine nuovamente parla dell'infante.

Dato ciò, e tenuto fermo il principio che l'auctoritas tutoris potera soltanto integrare, non sostituire la volontà del pupillo, io ritengo che il testo classico debba a un dipresso essere ricostruito così:

Infans possidere non potest, etiam si tutore auctore coepit. Sed peculiari nomine per servum possidere potest. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.

Questa ricostruzione in tanto è anche probabile in quanto il principio d'utilità si invoca numerose volte - come vedremo - precisamente per giustificare l'acquisto per mezzo del servo ex peculiari causa.

Possiamo pertanto conchiudere che l'infante nel diritto classico non potera acquistare il possesso neppure con l'intervento del tutore. Soltanto Giustiniano ammette che egli possa tutore auctore acqui-

stare il possesso, ma per far ciò Giustiniano sovverte i principii generali che regolano l'acquisto del possesso e altera artificiosamente l'essenza dell'<u>auctoritas</u> del tutore.

§. 20

Importante adesso è vedere quale fosse nel diritto classico in ordine all'acquisto del possesso la capacità dell'impubere <u>infantia maior</u>.

La stessa l. 32 §. 2, or ora riferita, ce ne informa in modo sicuro (questa legge, dimenticata dai più, è utilmente richiamata dal Solazzi):

pupillus tamen <u>etiam sine tutoris auctoritate</u> possessionem nancisci potest.

L'impubere <u>infantia maior</u>, adunque, può acquistare il possesso anche senza l'<u>auctoritas tutoris</u>. Al tempo di Paolo, autore di questa legge, il principio è incontrastato. Dalla precedente l. 1 §. 3, pure appartenente a Paolo, possiamo anche apprendere per opera di quali giuristi il principio trionfò:

« <u>Ofilius</u> quidem et <u>Nerva filius</u> etiam sine

tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse »

Il regime classico è assai semplice: l'infante neppure <u>tutore auctore</u> può acquistare il possesso: l'impubere <u>infantia maior</u> lo acquista anche senza l'<u>auctoritas tutoris</u>. Ed è assai semplice il motivo, per cui nel primo caso l'intervento del tutore è <u>inefficace</u> e nel secondo caso è <u>inutile</u>: il possesso è un rapporto di fatto: il possesso, dice Paolo nella l. 1 §. 3 D. 41, 2, testè riferita, è <u>res facti</u>, <u>non iuris</u>. Non si applicano qui i principii soliti che regolano l'acquisto dei diritti fatto dall'impubere: si applicano principii nuovi, fondati sulla struttura del possesso, derivanti dalla essenza di questo caratteristico istituto.

Gli è appunto perciò che la terminologia dei giureconsulti classici deve essere a questo riguardo bene studiata e bene intesa. Occorre tenere, più che tutte le altre, sotto gli occhi la l. 32 §. 2 D. h. t. di Paolo, proprio quella legge, che più che tutte le altre è stata dimenticata. Siamo innanzi, in questa